

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Le contrôle de légalité des actes administratifs par le juge de cassation (obs. sous Cass. 9 septembre 2002)**

De Roy, David

*Published in:*

Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles

*Publication date:*

2003

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

De Roy, D 2003, 'Le contrôle de légalité des actes administratifs par le juge de cassation (obs. sous Cass. 9 septembre 2002)', *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, Numéro 27, p. 1176-1185.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Lois, décrets et arrêtés – Arrêté réglementaire – Avis de la section législation du Conseil d'Etat – Dispense – Urgence – Notion – Chômage – Obligations en cas d'activité bénévole pour un tiers – Urgence de publier l'arrêté – Impossibilité de consulter le Conseil d'Etat (non).

*Observations.*

*En règle, il appartient aux ministres d'apprécier, sous réserve de leur responsabilité politique, l'urgence qui les dispense de soumettre à l'avis motivé du Conseil d'Etat, section de législation, le texte des projets d'arrêtés réglementaires.*

*Cependant, pour s'acquitter de la mission de contrôle de légalité qui leur est conférée par l'article 159 de la Constitution, les juges ont l'obligation d'examiner si le ministre n'a pas, en se dispensant de solliciter l'avis du Conseil d'Etat, excédé, voire détourné, son pouvoir par une méconnaissance de la notion légale de l'urgence.*

*L'urgence, motivée par le fait que tous les organismes et chômeurs concernés doivent être informés le plus vite possible des obligations révisées qu'ils ont envers le directeur du bureau du chômage, en cas d'activité bénévole et gratuite pour un tiers, indique la raison pour laquelle une publication rapide du nouvel arrêté s'avère nécessaire. En revanche, ces considérations ne décrivent pas les circonstances particulières rendant urgente l'adoption des mesures envisagées au point de ne pouvoir consulter le Conseil d'Etat, même dans un délai de trois jours.*

(de F. / O.N.Em.)

---

51. C.I.R.C., "La Cour d'arbitrage et Saint-Polycarpe: un brevet de constitutionnalité mal motivé", *loc. cit.*; K. MUYLLE et J. VAN NIEUWENHOVE, *loc. cit.*

52. C.A. n° 35/2003, 25 mars 2003, B. 16. 1. à B. 16. 10; C.A. n° 36/2003, 27 mars 2003, B. 2. 1 à B. 11. Pour une critique : C.I.R.C. *loc. cit.* spéc. p. 530 et suivantes. Dans un autre sens : H VUYE, CH. DESMECHT et K. STANGHERLIN, "La cinquième réforme de l'Etat devant ses juges", cette revue, p. 743 à 745.

## I. La décision attaquée

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 28 mars 2000 par la cour du travail de Liège ...

## III. Les moyens de cassation

La demanderesse présente deux moyens libellés dans les termes suivants :

### 1. Premier moyen

*Dispositions légales violées*

- *article 159 de la Constitution;*
- *article 3, paragraphe premier, des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées par l'arrêté royal du 12 janvier 1973, modifié par la loi du 4 juillet 1989.*

*Décisions et motifs critiqués*

*L'arrêt attaqué, statuant sur la contestation qui lui était soumise par la demanderesse, fonde notamment sa décision sur l'article 18 de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991, qu'il reproduit et applique dans sa version résultant de son remplacement par les arrêtés ministériels des 4 janvier 1993 et 27 avril 1994.*

*Griefs*

*L'article 159 de la Constitution dispose que les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois.*

*L'article 3, paragraphe premier, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat dispose que : «hors les cas d'urgence spécialement motivés et les projets relatifs aux budgets, aux comptes, aux emprunts, aux opérations domaniales et au contingent de l'armée exceptés, les ministres, les membres des gouvernements communautaires ou régionaux, les membres du collège de la Commission communautaire française et les membres du collège réuni visés respectivement aux alinéas 2 et 4 de l'article 60 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, chacun pour ce qui le concerne, soumettent à l'avis motivé de la section de législation, le texte de tous avant-projets de loi, d'ordonnances ou de projets d'arrêtés réglementaires».*

*Il est constant que les arrêtés ministériels des 4 janvier 1993 et 27 avril 1994, arrêtés réglementaires, n'ont pas été soumis à l'avis préalable de la section de législation du Conseil d'Etat. La motivation par laquelle ces arrêtés ministériels auraient été dispensés de cet avis préalable, à savoir l'urgence motivée par le fait que tous les organismes et chômeurs concernés doivent être informés le plus vite possible des obligations révisées qu'ils ont envers le directeur du bureau du chômage en cas d'activité bénévole (et gratuite) pour un tiers, ne constitue nullement la motivation spéciale de l'urgence alléguée.*

*Cette motivation concerne en effet exclusivement l'urgence qu'il y aurait à publier la réglementation nouvelle, une fois celle-ci adoptée, mais non l'urgence qu'il (y) aurait à adopter cette réglementation nouvelle elle-même. L'urgence alléguée ne pouvant se déduire que de la motivation spéciale contenue dans les préambules des arrêtés ministériels eux-mêmes, la circonstance que leur entrée en vigueur aurait été fixée à une date relativement proche est inopérante. Au demeurant cette circonstance n'est pas pertinente, dès lors que la nécessité de fixer cette entrée en vigueur à une date rapprochée n'est pas justifiée par le préambule de l'arrêté ministériel lui-même.*

*Il s'ensuit que, n'ayant pas été soumis à l'avis motivé de la section de législation du Conseil d'Etat, les arrêtés ministériels des 4 janvier 1993 et 27 avril 1994 violent l'article 3, paragraphe premier, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et sont en conséquence nuls, et qu'en appliquant ces arrêtés ministériels entachés de nullité, l'arrêt attaqué viole à son tour cette disposition légale et en outre l'article 159 de la Constitution.*

## 2. Second moyen

### IV. La décision de la Cour

#### Sur le premier moyen :

Attendu que, pour refuser à la demanderesse le bénéfice du droit aux allocations de chômage à partir du 1<sup>er</sup> juin 1992, l'arrêt fait application de l'article 18, paragraphes 2 et 5, de l'arrêt ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage; qu'il ressort toutefois des termes dans lesquels l'arrêt reproduit cette disposition qu'il applique celle-ci dans la version en vigueur après son remplacement par l'article premier de l'arrêt ministériel du 27 avril 1994;

Attendu que l'adoption de l'arrêt ministériel du 27 avril 1994 n'a pas été précédée de la consultation de la section de législation du Conseil d'Etat;

Attendu qu'en règle, il appartient aux ministres d'apprécier, sous réserve de leur responsabilité politique, l'urgence qui les dispense de soumettre à l'avis motivé du Conseil d'Etat, section de législation, le texte des projets d'arrêtés réglementaires;

Attendu que, cependant, pour s'acquitter de la mission de contrôle de légalité qui leur est confiée par l'article 159 de la Constitution, les juges ont l'obligation d'examiner si le ministre n'a pas, en se dispensant de solliciter l'avis du Conseil d'Etat, excédé, voire détourné, son pouvoir par une méconnaissance de la notion légale de l'urgence;

Attendu qu'en l'espèce, le préambule de l'arrêt ministériel du 27 avril 1994 motive l'urgence «par le fait que tous les organismes et chômeurs concernés doivent être informés le plus vite possible des obligations révisées qu'ils ont envers le directeur du bureau de chômage en cas d'activité bénévole et gratuite pour un tiers»;

Attendu que de telles considérations se bornent à indiquer la raison pour laquelle une publication rapide du nouvel arrêté s'avère nécessaire mais ne décrivent pas les circonstances particulières rendant urgente l'adoption des mesures envisagées au point de ne pouvoir consulter le Conseil d'Etat, même dans un délai de trois jours; qu'elles ne satisfont pas à l'exigence légale de motivation spéciale de l'urgence;

Attendu que la non-observation de la formalité substantielle que constitue la demande d'avis au Conseil d'Etat, sans que soit justifiée l'urgence invoquée, entraîne l'illegalité de l'arrêt ministériel du 27 avril 1994;

Que l'arrêt qui fait application de celui-ci viole, par conséquent, les dispositions visées au moyen;

Que le moyen est fondé;

#### Sur le second moyen :

Attendu qu'il n'y a pas lieu d'examiner le moyen qui ne saurait entraîner une cassation plus étendue;

Par ces motifs,

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il reçoit les appels et statue sur le droit aux allocations de chômage de la demanderesse pour la période antérieure au 1<sup>er</sup> juin 1992; ...

Sieg. : MM. P. Marchal, Ch. Storck, D. Plas (rapp.), Mmes Ch. Matray et S. Velu.

Greffier : Mme Ch. Danhiez.

M.P. : M. Th. Werquin.

Plaid. : M<sup>re</sup> M. Mahieu et L. Simont.

J.L.M.B. 02/914

#### Observations

#### *Le contrôle de légalité des actes administratifs par le juge de cassation\**

1. L'arrêt rendu le 9 septembre 2002 par la Cour de cassation offre l'occasion de découvrir un contrôle sans doute inhabituel de la légalité des actes administratifs : à première vue étrange, parce qu'étranger à la vocation naturelle du juge de cassation<sup>1</sup>, il gagne à être brièvement décrit en quelques-unes de ses principales caractéristiques; par ailleurs, une comparaison avec d'autres formes de contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs (particulièrement les actes de portée réglementaire<sup>2</sup>) n'est pas dénuée d'intérêt.

#### Les faits, la procédure, l'arrêt

2. Exclue du droit au bénéfice des allocations de chômage pour avoir exercé des activités bénévoles sans autorisation préalable du directeur du bureau régional du chômage, la demanderesse conteste cette sanction et introduit à cette fin une action devant les juridictions du travail.

Par un arrêt du 28 mars 2000, la cour du travail de Liège, confirmant le jugement dont appel, décide de maintenir la sanction d'exclusion infligée par l'O.N.Em. à cette dame. Cette décision est fondée sur l'article 18 de l'arrêt ministériel du 26 novembre 1991, qui – dans sa version résultant de plusieurs modifications – subordonnait précisément l'exercice d'activités bénévoles, par un chômeur, à l'autorisation préalable du directeur du bureau régional du chômage.

3. Formant un pourvoi contre cet arrêt, la demanderesse prend un premier moyen de la violation des articles 159 de la Constitution et 3, paragraphe premier, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (ci-après L.C.C.E.). Elle y fait

\* Ces observations engagent leur auteur à titre strictement personnel.

1. La référence au «juge de cassation» permet de viser non seulement la Cour de cassation exerçant la compétence que lui attribue l'article 608 du code judiciaire, mais également le Conseil d'Etat statuant sur des recours formés contre les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par les juridictions administratives (contentieux de la cassation administrative). Le parallélisme entre ces fonctions respectivement exercées par les deux hautes juridictions sera brièvement évoqué (n° 15).

2. Comme ce fut le cas en l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt annoté. Au regard de la problématique qui fait l'objet de la présente note, une distinction entre actes réglementaires et décisions individuelles ne devrait pas donner lieu à des approches fondamentalement différentes. Tout au plus, peut-on imaginer que l'autorité jurisprudentielle d'un arrêt dans lequel la Cour de cassation constate l'illegalité d'un règlement sera sans doute plus grande, car susceptible d'être invoquée ultérieurement, dans chaque cas d'application de cet arrêt.

grief à la cour du travail d'avoir appliqué l'article 18 de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage, tel que modifié par plusieurs arrêtés<sup>3</sup>, dont un arrêté ministériel du 27 avril 1994<sup>4</sup>, alors que cette disposition est illégale, ce qui – conformément au prescrit de l'article 159 de la Constitution – eût dû faire obstacle à son application par les juridictions saisies.

A l'estime de la demanderesse, l'illégalité découlait de ce que l'adoption de l'arrêté ministériel du 27 avril 1994 n'avait pas été précédée de la consultation de la section de législation du Conseil d'Etat et que le défaut de consultation n'avait pas fait l'objet d'une motivation suffisante, alors que l'article 3, paragraphe premier, L.C.C.E. ne dispense de cette obligation<sup>5</sup> que dans les cas d'urgence spécialement motivés.

4. On sait que les jurisprudences, tant du Conseil d'Etat (section d'administration) que des juridictions de l'Ordre judiciaire<sup>6</sup> ont consacré la possibilité d'exercer un contrôle juridictionnel sur la motivation de l'urgence dont se prévaut l'auteur d'un arrêté réglementaire<sup>7</sup>. Par ailleurs, la demanderesse n'avait pas manqué de relever que le préambule de l'arrêté modificatif du 27 avril 1994 contenait une motivation de l'urgence «par le fait que tous les organismes et chômeurs concernés doivent être informés le plus vite possible des obligations révisées qu'ils ont envers le directeur du bureau du chômage en cas d'activité bénévole et gratuite pour un tiers»<sup>8</sup>. Elle ne s'est donc pas privée d'inviter la Cour, par ce moyen de cassation, à se prononcer sur la qualité de la motivation de l'urgence alléguée.

5. Après avoir rappelé les pouvoirs d'appréciation de l'urgence reconnus au ministre et de contrôle attribués aux juridictions appelées à faire application des arrêtés réglementaires, la Cour apprécie les termes en lesquels est motivée l'urgence au prétexte de laquelle l'auteur de l'arrêté ministériel du 27 avril 1994 s'estimait non tenu par l'obligation de consultation préalable, et décide «que de telles considérations se bornent à indiquer la raison pour laquelle une publication rapide du nouvel arrêté s'avère nécessaire, mais ne décrivent pas les circonstances particulières rendant urgente l'adoption des mesures envisagées au point de ne pouvoir consulter le Conseil d'Etat, même dans un délai de trois jours [et] qu'elles ne satisfont pas à l'exigence légale de motivation spéciale de l'urgence». Elle en conclut que cette méconnaissance des exigences prescrites par l'article 3, paragraphe premier, L.C.C.E. vicie l'arrêté ministériel du 27 avril 1994 au point que l'arrêt qui fait application de l'une de ses dispositions viole l'article 159 de la Constitution.

3. Voy. notamment un arrêté ministériel du 4 janvier 1993 (*M.B.*, 26 janvier 1993, p.1393). Cet arrêté ne retiendra toutefois pas notre attention dans le cadre de la présente note : son article premier remplaçait l'article 18 de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991; cet article 18 ainsi «modifié» fut, à son tour remplacé par l'article premier de l'arrêté ministériel du 27 avril 1994, dont question ci-dessous, et qui fut appliqué dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 9 septembre 2002.

4. *M.B.*, 30 avril 1994, p.11.575.

5. A l'exception des projets relatifs aux budgets, aux comptes, aux emprunts, aux opérations domaniales et au contingent de l'armée, pour lesquels la dispense de consultation est générale.

6. Voy. notamment les arrêts rendus par la Cour de cassation (cités *infra*), qui rappellent systématiquement, d'une part, que l'appréciation de l'urgence susceptible de dispenser de la consultation préalable de la section de législation du Conseil d'Etat appartient à l'autorité administrative, et, d'autre part, que l'exercice de ce pouvoir d'appréciation n'en échappe pas pour autant au juge qui, appelé à faire application d'arrêtés réglementaires, contrôlera, sous cet angle de l'urgence, la légalité de l'arrêté au regard des dispositions légales régissant cette procédure de consultation. Sur les caractéristiques du contrôle juridictionnel de la qualification de l'urgence par l'autorité prétendant se dispenser de l'obligation de consultation, on se référera utilement aux conclusions de monsieur l'avocat général Th. WERQUIN, précédant Cass., 17 septembre 2001 (à paraître dans *Pas.*, 2001, n° 465).

7. R. ANDERSEN, "L'urgence et la section de législation du Conseil d'Etat", *T.B.P.*, 2000, p.7-8, n° 6-8.

8. *M.B.*, 30 avril 1994.

6. L'arrêt semble s'inscrire dans une tendance jurisprudentielle générale suivant laquelle la notion d'urgence ne doit pas être sollicitée «à hue et à dia» pour échapper à l'obligation de consultation<sup>9</sup>. L'originalité de la décision tient cependant sans doute moins à cet enseignement qu'à la voie dans laquelle la Cour de cassation était invitée à s'engager pour contrôler la légalité de l'arrêté dont l'application faisait grief à la demanderesse. Pour cette raison, l'arrêt annoté permet d'attirer l'attention sur une forme particulière de contrôle de légalité des arrêtés réglementaires.

## Les voies du contrôle

7. Dans les affaires qui, précédemment, avaient donné lieu à des arrêts rendus en cette matière, la Cour avait généralement statué sur des pourvois dirigés contre des décisions analysant la légalité d'arrêtés ou refusant explicitement d'aborder tel examen : au vu des motifs de ces décisions, la Cour décidait si celles-ci – en appliquant<sup>10</sup> ou en refusant d'appliquer<sup>11</sup> les arrêtés réglementaires – avaient méconnu l'article 159 de la Constitution ou les dispositions légales organisant la consultation préalable de la section de législation du Conseil d'Etat (article 3 L.C.C.E.). Dans ces arrêts, la légalité de l'arrêté réglementaire n'était ainsi abordée par la Cour de cassation que de façon médiate, c'est-à-dire par le biais des motifs de la décision attaquée qui en avait fait application ou s'y était refusée, ou bien qui avait procédé<sup>12</sup> (ou non<sup>13</sup>) à l'examen de légalité auquel l'invitait l'article 159 de la Constitution.

8. En revanche, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt annoté, la Cour de cassation était invitée à se prononcer sur la légalité d'un arrêté réglementaire, sans détour par les motifs de la décision soumise à sa censure, puisque la légalité de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 (tel que modifié) n'avait pas fait débat devant les juridictions de fond. Exerçant ainsi, dans la lecture qu'elle donne de cet arrêté<sup>14</sup>, un contrôle «direct» de légalité de celui-ci, la Cour occupe une position à première vue similaire à celles du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'excès de pouvoir ou des juridictions de fond qui, pour trancher les litiges dont elles sont saisies, doivent s'assurer de la légalité des arrêtés qu'elles appliqueront, le cas échéant.

9. Pour partiellement exact qu'il soit, ce constat de proximité apparente avec le contrôle exercé par d'autres juridictions peut rapidement se révéler simpliste et risque d'induire en erreur. Il nous a donc paru utile de décrire brièvement les caractéristiques de ce contrôle «inédit» de légalité des actes administratifs, auquel procède la Cour de cassation.

9. R. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 8, n° 8; B. HAUBERT, Rapport précédant C.E., arrêt n° 70.502 du 23 décembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 308-312; I. KOVALOVSKY, Rapport et avis précédant C.E., arrêt n° 68.919 du 16 octobre 1997, *J.T.*, 1998, p.163-165.

10. Cass., 7 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, 1124-1126; Cass., 5 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1005-1008; Cass., 12 octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, 179-181; Cass., 18 juin 1976, *Pas.*, 1976, I, 1135-1137.

11. Cass., 17 septembre 2001, à paraître dans *Pas.*, 2001, n° 465, avec conclusions de l'avocat général Th. WERQUIN; Cass., 25 septembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 73-76.

12. Cass., 17 septembre 2001, *loc. cit.*; Cass., 25 septembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 73-76; Cass., 7 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, 1124-1126 (bien que l'arrêt attaqué ait, en l'espèce, commencé par considérer que l'urgence ne doit en principe être appréciée que par l'autorité administrative et que la régularité de cette appréciation n'est pas susceptible d'être contrôlée, sauf lorsqu'il n'existe aucun indice d'urgence et que cette appréciation paraît être purement arbitraire).

13. Cass., 11 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 49-51.

14. Alors que, dans son fondement, ce contrôle de légalité d'actes administratifs apparaît plutôt indirect. Voy. *infra*, n° 11.

## Fondement et modalités d'exercice d'un contrôle «iné-dit» de légalité

10. La contestation d'actes administratifs individuels ou de portée réglementaire peut revêtir diverses formes<sup>15</sup>. Ainsi, songera-t-on spontanément<sup>16</sup> au recours en annulation d'actes administratifs introduit devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'excès de pouvoir<sup>17</sup>, à l'action en responsabilité<sup>18</sup> ou, plus généralement, à l'«exception»<sup>19</sup> d'illégalité soulevée sur la base de l'article 159 de la Constitution dans des procédures qui ne visent pas principalement à la censure de l'illégalité d'un acte administratif, mais dans lesquelles pareille censure apparaît comme un adjuvant, sinon un détour indispensable<sup>20</sup>.

11. Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur des actes administratifs repose sur l'article 608 du code judiciaire, qui donne à celle-ci compétence pour connaître non pas d'actes administratifs, mais bien de décisions rendues par des juridictions statuant en dernier ressort. Cet examen de légalité des actes administratifs est donc accessoire et médiat<sup>21</sup> (ou indirect) : accessoire, car ce contrôle de légalité d'actes administratifs vient au soutien d'un contrôle de légalité de décisions juridictionnelles; médiat, puisque la Cour de cassation n'est investie d'aucun pouvoir de censure à l'égard des actes administratifs des autorités administratives et que l'exercice des compétences qui lui sont légalement dévolues ne saurait aboutir à la sanction d'actes administratifs, mais bien à celle d'arrêts ou de jugements faisant application de ces actes<sup>22</sup>. En d'autres termes, ce n'est qu'en éprouvant les décisions juridictionnelles appliquant certains actes administratifs que la Cour de cassation examinera la légalité de ceux-ci.

12. On sait que l'exercice de la fonction de cassation est conditionné, dans une large mesure, par les moyens formés à l'appui du pourvoi. S'agissant du

contrôle d'actes administratifs réglementaires, auquel nous consacrons la présente note, il ne sera déclenché qu'en réponse à un moyen qui, invoquant la violation de l'article 159 de la Constitution, fait grief à la décision contestée d'avoir appliqué un arrêté prétendument illégal<sup>23</sup>. Pour la Cour de cassation, et à la différence des juridictions de fond, l'article 159 ne constitue donc nullement le fondement du contrôle de légalité, mais bien un «moyen» de l'exercer.

Le moyen pris de la violation de l'article 159 de la Constitution va amener le juge de cassation à se poser deux questions. Il se demandera, dans un premier temps, si la décision attaquée fait bien application – comme le soutient le moyen – du règlement prétendument illégal. Si tel n'est pas le cas, le moyen sera rejeté, comme manquant en fait<sup>24</sup>. Si, au contraire, la décision a bien fait application de ce règlement, la Cour appréciera alors la légalité de celui-ci.

13. Ce contrôle est très large, puisque tout chef d'illégalité pourra être invoqué à l'appui de ce moyen de cassation : ainsi, ne s'impose-t-il pas que les normes prétendument violées par l'acte administratif touchent à l'ordre public<sup>25</sup>, puisque l'obligation qu'impose l'article 159 de la Constitution est générale et ne doit pas être analysée différemment selon la nature des dispositions à l'aune desquelles est évaluée la légalité d'un acte administratif<sup>26</sup>; de même, n'est-il pas exigé que l'illégalité de l'acte administratif fasse grief au demandeur.

14. Nonobstant les ressources que ce contrôle de légalité peut offrir, celui-ci reste conditionné par les limites inhérentes à la fonction de cassation : sollicitant ici la métaphore judicieusement choisie par Ph. GÉRARD et M. GRÉGOIRE, on rappellera, s'agissant de l'accès au juge de cassation, que la porte est largement ouverte, mais ... étroite<sup>27</sup>. Ainsi, hors l'examen des pourvois en matière répressive<sup>28</sup>, la Cour de cassation ne soulèvera pas d'office un moyen pris de la viola-

15. Sur les différents modes de contestation de la légalité d'actes administratifs et leur insertion dans le cadre du contrôle juridictionnel de l'administration, on consultera, parmi bien d'autres ouvrages, Ph. BOUVIER, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, 2002, 255-303 (collection *Droit actuel*); M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, 1989, tome I, p.551-655; J.-Fr. LECLERCQ, *Conclusions précédant Cass.*, 10 juin 1996, *J.T.*, 1997, p.198-199, n° 5-10; M. LEROY, *Les règlements et leurs juges*, Bruxelles, 1987, p.119-133; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> édition, 2002, p.299-369; J. THEUNIS, "Grondwet artikel 159", *Publiek Procesrecht. Artikelsgewijze Commentaar...*, n° 1-3.

16. Bien que cela ne soit pas exhaustif, on peut également songer à certains recours directs devant les juridictions de l'Ordre judiciaire, comme c'est le cas notamment dans le contentieux des expropriations pour cause d'utilité publique (Ph. BOUVIER, *op. cit.*, p.180-184).

17. Article 14, alinéa premier, L.C.C.E.

18. *Sur lequel peut conduire à l'annulation, à titre de sanction, l'illégalité d'un acte administratif* Ph. BOUVIER, *op. cit.*, p.305-308; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, tome II, p.1187-1278.

19. Sur les réserves que peut inspirer l'usage du terme «exception» et l'ambiguïté qui le caractérise, voy. A. ALEN, "De raadsels van artikel 107 van de Belgische Grondwet", *R.W.*, 1983-1984, col.1729-1733; P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 308; P. MARTENS, "L'exception d'illégalité : entre l'injustice et le désordre", obs. sous C.E. (3<sup>e</sup> ch.), arrêt n° 28.435 du 2 septembre 1987, *Belgian Corporation of Flight Hostesses* / E.B., cette revue, 1988, p.1535-1536; J. THEUNIS, *op. cit.*, n° 60-66.

20. Parmi les innombrables études consacrées aux obligations que fait peser sur les juridictions le prescrit de l'article 159 (anciennement 107) de la Constitution, on relèvera notamment A. ALEN, *op. cit.*; P. LEWALLE, *op. cit.*, p.308 et suivantes; S. LUST, *Raad van State. Afdeling Administratie. 6. Rechtsherstel door de Raad van State*, Bruges, 2000, p.113-129; P. MARTENS, *op. cit.*; Ph. QUERTAINMONT, "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droit)", obs. sous Cass., 21 avril 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p.410-441; J. THEUNIS, *op. cit.*

21. Voy., à ce propos, l'analyse d'HENRI BUCH ("Le droit et le fait dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique", *Le fait et le droit*, Bruxelles, 1961, p.156-157), citée par M. LEROY, *Contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> édition, Bruxelles, 2000, p.408.

22. Ce caractère «indirect» du fondement du contrôle de légalité d'actes administratifs exercé par un juge de cassation a notamment été mis en exergue par M. VAN DAMME, "De Raad van State als administratieve cassatierecht", *T.B.P.*, 2000, p.69-70, note 6.

23. Voy., en ce sens, Cass., 2 novembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 592. Ph. GÉRARD et M. GRÉGOIRE, "Introduction à la méthode de la Cour de cassation", *Rev. dr. U.L.B.*, 1999, p.142. En revanche, si le moyen faisait grief à la décision contestée de ne pas avoir appliqué un arrêté qu'elle considérerait – à tort, selon le demandeur en cassation – comme illégal, il devrait, nous semble-t-il, invoquer la violation, non pas de l'article 159 de la Constitution, mais de cet arrêté et, le cas échéant, des dispositions que la décision contestée estimait violées par cet arrêté (comparez Cass., 25 septembre 1985, *Pas.*, 1986, I, n° 46, 73-76).

24. Le moyen manquant en fait est celui qui repose sur une approche inexacte des faits du procès (R. SOETAERT, "Un arrêt de cassation est-il lisible ?", *J.T.*, 1980, p. 369) ou, en d'autres termes, celui qui ne trouve pas de base dans l'arrêt tel que l'analyse la Cour (voy. le sommaire d'un arrêt du 15 avril 1948 cité par A. MEEÛS, "L'interprétation de la décision attaquée dans la procédure en cassation", *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, 1994, p. 300). Manquerait ainsi en fait le moyen faisant grief à l'arrêt d'avoir appliqué une disposition illégale, alors qu'il ne ressort pas de la décision que cette disposition ait été appliquée.

25. On se gardera de confondre le caractère des dispositions prétendument violées par l'acte administratif dont le juge a fait application, avec le caractère des dispositions ainsi violées par la juridiction de fond et qui inspirent un moyen de cassation (l'article 159 de la Constitution, en l'espèce); dans ce dernier cas, les dispositions doivent être impératives ou toucher à l'ordre public, faute de quoi, l'invoquant de leur violation ne pourrait faire l'objet d'un moyen formé pour la première fois en cassation. Cette distinction entre la nature de l'article 159 de la Constitution et celle des dispositions prétendument violées par l'acte administratif dont il a été fait application – comme on le verra ultérieurement (n° 16) – une incidence sur la possibilité pour le Conseil d'Etat de soulever d'office un moyen pris de la violation de l'article 159 de la Constitution.

26. Voy. cependant la tendance récemment affichée par le Conseil d'Etat, et dont il est question *infra* (n° 16).

27. *Op. cit.*, p.111 et 116.

28. Ph. GÉRARD et M. GRÉGOIRE, *op. cit.*, p.138. Cette possibilité de soulever un moyen d'office en matière pénale a également été utilisée – avec effet contraire – par la Cour qui a invoqué elle-même la violation de l'article 159 de la Constitution par un arrêt refusant d'appliquer un règlement qu'il estimait illégal (Cass., 25 septembre 1985, *loc. cit.*). Sur ce que nous croyons, en toute modestie, devoir émettre des réserves sur la pertinence de l'invoquant d'une violation de l'article 159 en pareille hypothèse, voy. ci-dessus, note 23.

tion de l'article 159 de la Constitution, que n'aurait pas formé le demandeur<sup>29</sup>. De même, un tel moyen qui ne pourrait utilement mener à la cassation de l'arrêt, sera déclaré irrecevable, à défaut d'intérêt, fût-il apparemment fondé<sup>30</sup>. Enfin, quelle que soit la très grande diversité des chefs d'illégalité susceptibles d'être invoqués par le demandeur, ils doivent nécessairement être visés dans le moyen, faute de quoi celui-ci sera déclaré irrecevable à défaut de précision<sup>31</sup> : il s'agit là évidemment d'une différence fondamentale entre les fonctions respectives du juge de cassation et du juge du fond, celui-ci étant tenu, en vertu de l'article 159 de la Constitution, d'épingler les chefs d'illégalité, fussent-ils ignorés des parties.

### Le Conseil d'Etat, juge de cassation administrative

15. On notera, au passage, que les observations formulées ci-dessus pourraient l'être également à propos du contrôle de légalité des arrêtés réglementaires exercé, le cas échéant, par le Conseil d'Etat statuant au contentieux de la cassation administrative<sup>32</sup>. Le parallélisme des fonctions respectivement exercées par chacun des juges de cassation s'y révèle pleinement<sup>33</sup> : à l'instar de la Cour de cassation qui n'éprouve la légalité d'actes administratifs qu'à l'occasion du contrôle des décisions juridictionnelles déférées à sa censure en vertu de l'article 608 du code judiciaire, le Conseil d'Etat, juge de cassation administrative, fondera son contrôle de légalité d'actes administratifs (dont les juridictions administratives ont, ou non, fait application) sur la disposition légale qui lui donne compétence pour connaître des recours en annulation contre les décisions contentieuses rendues par les juridictions administratives (article 14, paragraphe 2, L.C.C.E.). Ceci explique que cet examen de légalité des actes de l'administration active revêtira également un caractère accessoire au regard de la fonction principale de censure de décisions juridictionnelles.

16. En dépit de ce parallélisme, les modalités d'exercice du contrôle présenteront vraisemblablement quelques différences, tenant aux techniques respectivement mises en œuvre par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Ainsi en est-il, par exemple, de la possibilité, pour le juge de cassation, de soulever d'office

un moyen pris de la violation de l'article 159 de la Constitution : là où cette hypothèse est exclue à la Cour de cassation, à tout le moins en matière civile, elle pourra être envisagée devant le Conseil d'Etat qui, alignant sans doute la technique de cassation administrative sur celle qu'il met en œuvre au contentieux de l'excès de pouvoir<sup>34</sup>, soulève volontiers d'office tout moyen pris de la violation de dispositions ou principes touchant à l'ordre public<sup>35</sup>. Cette différence entre les deux hautes juridictions pourrait certes être relativisée au vu d'enseignements jurisprudentiels récents desquels certains ont déduit que le Conseil d'Etat ne soulève d'office un moyen pris de la violation de l'article 159 de la Constitution que pour autant que les dispositions au regard desquelles le règlement appliqué apparaît irrégulier touchent elles-mêmes à l'ordre public<sup>36</sup>. Le juge administratif considère cependant que les dispositions organisant la consultation préalable de la section de législation sont d'ordre public<sup>37</sup>. On peut donc supposer qu'au contentieux de la cassation administrative, il serait enclin à soulever d'office un moyen pris de la violation de l'article 159 de la Constitution, lorsque la décision juridictionnelle soumise à sa censure a fait application d'un arrêté réglementaire dont l'adoption n'apparaît pas conforme aux obligations prescrites en matière de consultation de la section de législation.

\*  
\*

17. Au-delà de «variations sur le thème de l'article 159 de la Constitution» que pourrait inspirer l'arrêt du 9 septembre 2002, c'est surtout l'incidence pratique de son enseignement qui retiendra l'attention de l'observateur. C'est ici qu'il s'indique d'épingler les conséquences importantes qui pourraient s'en dégager : celles-ci sont évidentes pour le juge du fond, à qui l'obligation de contrôle de légalité des arrêtés éventuellement applicables aux faits de la cause se révélera plus que jamais étendue et contraignante; elles le sont tout autant pour la partie qui, insatisfaite de l'application d'un arrêté réglementaire par une décision susceptible de faire l'objet d'un pourvoi, trouvera dans un moyen pris de la violation de l'article 159 de la Constitution une ouverture à cassation idéale là où cette décision qui lui fait grief semble, par ailleurs, difficilement exposée à la critique.

Dans des conclusions prononcées en l'affaire qui donna lieu à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 juin 1996, monsieur le premier avocat général J.-Fr. LECLERCQ, alors avocat général, partageait l'analyse de Fr. TULKENS et J. SOHIER, suivant laquelle «trop de plaideurs omettaient encore d'avoir le réflexe de s'interroger sur la légalité d'un texte réglementaire applicable aux litiges qui les concernaient»<sup>38</sup>. L'arrêt annoté devrait éveiller à son tour de nouveaux réflexes.

DAVID DE ROY

Référendaire près la Cour de cassation

Chercheur à la Faculté de Droit des F.U.N.D.P. - Namur (CRID)

29. Au contraire, pour rejeter un moyen pris de la méconnaissance de dispositions réglementaires qu'elle estime illégales, la Cour de cassation pourra *motu proprio* invoquer cette illégalité, pour en déduire qu'elles ne pouvaient servir de soutien à la décision attaquée, et examiner alors la conformité de celle-ci aux seules dispositions qui, non entachées d'illégalité, méritent d'être prises en considération. Un exemple de recours à cette technique de «substitution de motifs» est offert précisément à propos de ce même article 18 de l'arrêt ministériel du 26 novembre 1991 jugé illégal par la Cour de cassation, dans un arrêt prononcé le 25 novembre 2002 (C.D.S., 2003, p. 113-114). Sur la technique de substitution de motifs, voy. notamment A. DECROËS, «La substitution de motifs par la Cour de cassation», *Ann. Dr. Louvain*, 1998, p. 425-480.

30. On peut songer à l'hypothèse où le demandeur en cassation, prenant un moyen de la violation de l'article 159 de la Constitution, fait grief à la décision attaquée d'avoir appliqué un arrêté qu'il estime illégal. A supposer que le contrôle de légalité auquel la Cour est ainsi invitée permette de porter le même constat d'illégalité, mais que la décision attaquée reste légalement justifiée par d'autres dispositions légales, le moyen pris de la violation de l'article 159, qui ne saurait conduire à la cassation d'une décision ainsi légalement justifiée est dénué d'intérêt et, partant, irrecevable.

31. Ph. GÉRARD et M. GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 145-146.

32. Sur cette fonction particulière exercée par le Conseil d'Etat, voy. notamment Ph. BOUVIER, *op. cit.*, p. 277-278; M. HANOTIAU, «Le Conseil d'Etat, juge de cassation administrative», *La citoyenneté face à l'administration. Commissions et juridictions administratives : quels droits de défense ?*, Liège, 1989, p. 129-183; M. LEROY, *Contentieux administratif*, p. 403-410; P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 735-750; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 15<sup>e</sup> édition, Diegem, 1999, p. 911-916. M. VAN DAMME, «De Raad van State als administratieve cassatierecht», *op. cit.*, p. 69-78.

33. Ce parallélisme a déjà été souligné à maintes reprises ou se dégage de l'analyse comparative des fonctions exercées par ces deux juridictions ou de leurs modalités d'exercice. Voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, p. 406; A. MAST et al., *op. cit.*, p. 912 et 914 (note 9).

34. Sur cette proximité entre les fonctions d'annulation d'actes de l'administration active et de décisions de juridictions administratives, voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, p. 404 et 407-408; M. VAN DAMME, *op. cit.*, p. 72-73.

35. M. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 142.

36. S. LUST, *op. cit.*, p. 113-114, note 385; J. THEUNIS, *op. cit.*, n° 5.

37. Arrêt n° 70.502 du 23 décembre 1997, a.s.b.l. Nouvelle Clinique de la Basilique, cité par R. ANDERSEN, *op. cit.*, p. 10, n° 13.

38. *Loc. cit.*, p. 198; citant Fr. TULKENS et J. SOHIER, «Les cours et tribunaux - Chronique de jurisprudence (1993-1994)», *R.G.D.C.*, 1995, p. 230.